

Princípio da liberdade da propaganda política, propaganda eleitoral antecipada e o artigo 36-A da Lei Eleitoral

Luiz Eduardo Peccinin

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar o artigo 36-A da Lei nº 9.504/97, contrastando-o com o conceito jurisprudencial clássico de propaganda eleitoral antecipada. Primeiramente, de forma breve e objetiva, são apresentadas as alterações da Lei nº 12.034/2009 ao ordenamento jurídico eleitoral, em especial, ao regime da propaganda eleitoral. Em seguida, o estudo traça um panorama da propaganda política e dos princípios da máxima liberdade e igualdade que norteiam o debate político-eleitoral para, ao final, propor um avanço jurisprudencial no tema da propaganda eleitoral antecipada após as alterações advindas com o artigo 36-A.

Palavras-chave: liberdade de expressão; lei eleitoral; propaganda política; propaganda eleitoral; propaganda eleitoral antecipada.

Abstract

This study aims to analyze the article 36-A of Law no 9.504/97, contrasting it with the classical jurisprudential concept of early electoral propaganda. First, briefly and objectively, are presented the amendments of the Law no 12.034/2009 to the electoral legal order, in particular the system of electioneering. Then, the study presents an overview of political propaganda and the principles of maximum freedom and equality that guide the political-electoral debate to, at the end, propose a breakthrough on the theme of the early electoral propaganda after the changes arising from the article 36-A.

Keywords: freedom of expression; electoral law; political propaganda; electioneering; early electoral propaganda.

Artigo recebido em 4 de agosto de 2013; aceito para publicação em 11 de novembro de 2013.

Sobre o autor

Advogado, graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná, mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar e membro da Comissão de Direito Eleitoral da OAB-PR.

Introdução: a chamada “minirreforma” eleitoral da Lei nº 12.034/2009

Desde sua redação original, a Lei nº 9.504/97 (Lei Eleitoral ou Lei das Eleições) sempre delineou claramente em seu artigo 36 que “a propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 5 de julho do ano da eleição”, inovando o que estabelecia o artigo 240 do Código Eleitoral, permissivo à propaganda de candidatos a cargos eletivos já a partir de sua escolha em convenção¹. No entanto, mesmo estabelecendo esse marco temporal em prol da isonomia entre os candidatos no pleito, a legislação ordinária jamais procurou conceituar objetivamente o que poderia ser considerado propaganda eleitoral, trabalho este que sempre coube à doutrina e, principalmente, à Justiça Eleitoral, seja por meio de suas decisões perante casos concretos, seja por meio de suas controversas Resoluções Eleitorais.

Classicamente, o Tribunal Superior Eleitoral criou o conceito tripartite de propaganda eleitoral, definindo-o como todo o ato “que leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que apenas postulada, a ação política que se pretende desenvolver ou razões que induzam a concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício de função pública”². Como se vê, esse conceito limitava enormemente a exposição de figuras públicas, filiados a partidos políticos, pré-candidatos e candidatos, enfim, a discussão de assuntos de caráter político nos meses que antecediam o período eleitoral.

Nos últimos anos, todavia, aproveitando-se da necessidade e oportunidade de atualizar a disciplina infraconstitucional das eleições, o legislador também procurou dar sua contribuição ao tema da propaganda eleitoral, inclusive avançando sobre o que já havia sido construído jurisprudencialmente.

Segundo Walber de Moura Agra, a Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009, “fora criada em razão da necessidade de reformar

1. “Art. 240. A propaganda de candidatos a cargos eletivos somente é permitida após a respectiva escolha pela convenção.”

2. TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 161-83, Relator Min. José Eduardo Rangel de Alckmin, Data de Julgamento 17.02.2000, DJ – Diário da Justiça 31.03.2000, p. 126. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em: 29/06/2013.

o ordenamento eleitoral, evitando insegurança jurídica em virtude de posicionamentos judiciais divergentes e cambiantes”, levando a “um novo direcionamento da legislação eleitoral, no que alterou questões essenciais dos procedimentos adotados nas eleições, fazendo com que mandamentos normativos estabeleçam vetores que dantes eram indicados por decisões judiciais” (Agra, 2012, p. 56-57). Em outras palavras, ficou claro que, diante das alterações promovidas por essa reforma, o legislador ordinário procurou dar uma resposta legal ao muito criticado “ativismo” da Justiça Eleitoral.

A Lei nº 12.034/2009 modificou e incluiu novos dispositivos ao Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65), à Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/95) e, principalmente, à Lei Eleitoral (Lei nº 9.504/97), atualizando, por assim dizer, todo o ordenamento jurídico eleitoral. O defasado Código Eleitoral foi o que sofreu menos modificações pela reforma de 2009, a qual apenas procurou incluir na Lei nº 4.737 o chamado “voto em trânsito” para as eleições presidenciais por meio do novo artigo 233-A³.

Por sua vez, a Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/95) sofreu significativas modificações em toda a disciplina da vida interna e externa das agremiações políticas, em específico no que é pertinente à responsabilização dos órgãos partidários (artigos 15-A e 19), à filiação partidária (artigos 19 e 45), à prestação de contas partidária (artigo 37), ao acesso e emprego dos recursos do Fundo Partidário (artigos 37, 39, 44, I e V), ao programa e estatuto partidários (artigos 44 e 45) e ao acesso gratuito ao rádio e à televisão (artigo 45, IV e §§ 2º a 6º).

Nesse último ponto, é interessante a este estudo notar que o legislador acrescentou por meio do inciso IV do artigo 45 uma nova finalidade da propaganda partidária no rádio e na televisão, a de “promover e difundir a participação política feminina, dedicando às mulheres o tempo que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 10% (dez por cento)”, bem

3. “Art. 233-A. Aos eleitores em trânsito no território nacional é igualmente assegurado o direito de voto nas eleições para Presidente e Vice-Presidente da República, em urnas especialmente instaladas nas capitais dos Estados e na forma regulamentada pelo Tribunal Superior Eleitoral.”

como consolidou em seu parágrafo 6º que é absolutamente vedada qualquer forma de propaganda partidária paga⁴.

Por fim, a “minirreforma” modificou drasticamente e incluiu diversas disposições à Lei nº 9.504/97, a Lei Eleitoral. Em síntese, alterou a disciplina do processo eleitoral em relação a: registro de candidaturas e coligações partidárias (artigos 6º, 7º, 10, 11, 16 e 16-A); legitimidade dos partidos políticos dentro do processo eleitoral (artigo 6º, § 4º); inelegibilidades supervenientes (artigo 11, § 10); quitação eleitoral (artigo 11, § 6º); comitês financeiros (artigo 22 e 22-A); doações por pessoas físicas e jurídicas (artigos 23 e 81); prestação de contas (artigos 22-A, 23, 25, 29, 30, 31 e 33); representações à Justiça Eleitoral (artigos 30-A, 40-B, 73, 81, 96-A e 97-A); captação ilícita de sufrágio (artigo 41-A da Lei Eleitoral); condutas vedadas a agentes públicos (artigos 73 a 77); direito de resposta (artigo 58); eventos pré-eleitorais (artigos 7º e 36-A); diretrizes partidárias (artigos 6º, 7º e 10); instruções do Tribunal Superior Eleitoral (artigo 105); momento da votação (artigo 91-A) e, por fim, propaganda eleitoral e no dia da eleição (artigos 36 a 39-A, 41, 43 a 48, 53-A, 57 e 58).

E, já direcionando para o que diz respeito ao presente trabalho, as alterações na disciplina da propaganda política e eleitoral foram substanciais, e, dentre estas inúmeras, pode-se destacar como principais a disciplina da propaganda política pré-eleitoral após a inclusão do artigo 36-A, foco de análise mais aprofundada adiante, e da propaganda pela internet com a inserção dos artigos 57-B a 57-I.

Nesse último caso, o legislador procurou reconhecer (e regular) como propaganda eleitoral pela internet toda aquela veiculada em (i) “sítio do candidato, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no País”; em (ii) sítio do partido ou da coligação, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no País; (iii) “por meio de mensagem eletrônica para endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, partido ou coligação” e, por fim, “por meio de blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e assemelhados, cujo conteúdo seja gerado

4. “§ 6º A propaganda partidária, no rádio e na televisão, fica restrita aos horários gratuitos disciplinados nesta Lei, com proibição de propaganda paga.”

ou editado por candidatos, partidos ou coligações ou de iniciativa de qualquer pessoa natural”. Em suma, aqui, a chamada “minirreforma” veio para sanar uma lacuna legal e verdadeiramente atualizar o ordenamento pátrio às novas formas de relacionamento interpessoal eletrônico (*blogs*, Facebook, Twitter, etc.).

Já, quanto ao novo artigo 36-A, a Lei nº 12.034/2009 excluiu das hipóteses de configuração de propaganda eleitoral antecipada (i) “a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, desde que não haja pedido de votos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico”; (ii) “a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, planos de governos ou alianças partidárias visando às eleições”; (iii) “a realização de prévias partidárias e sua divulgação pelos instrumentos de comunicação intrapartidária”; e (iv) “a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se mencione a possível candidatura, ou se faça pedido de votos ou de apoio eleitoral”.

É sobre esse dispositivo, em especial sobre seu inciso I, que o presente estudo se debruçará.

Isto porque, desde já, extrai-se que, ao buscar a regulação específica da propaganda pré-eleitoral, o legislador procurou dar mais concretude ao princípio da liberdade da propaganda política em si, excluindo diversas situações materiais daquilo que historicamente a jurisprudência sempre considerou propaganda eleitoral antecipada, quando da análise do caso concreto. Na verdade, o próprio conceito de propaganda eleitoral antecipada é jurisprudencial, o que deixava qualquer caso de exposição pública de supostos pré-candidatos à mercê de decisões nem sempre uniformes e coerentes dos tribunais eleitorais pátrios.

Verificando que (mesmo diante das minúcias a que chegou a Lei nº 12.034/2009) as contradições interpretativas ainda remanescem, o presente estudo vem propor justamente a aplicação direta do princípio da máxima liberdade da propaganda política como norte interpretativo do artigo 36-A da Lei Eleitoral, principalmente de seu inciso I. Somente se aproveitando do que fora estabelecido pelo próprio legislador eleitoral, será possível delinear o que pode ou não

ser considerado, hoje, propaganda eleitoral antecipada nos meios de comunicação social.

I. Liberdade de expressão e o princípio da liberdade da propaganda política

Fávila Ribeiro conceituou que propaganda é “um conjunto de técnicas empregadas para suggestionar pessoas na tomada de decisão”, dispensando o “esforço persuasivo para demonstração lógica da procedência de um tema”, mas sempre destinada a influenciar a opinião ou a conduta alheia (Ribeiro, 1986, p. 289). Debruçado sobre esse conceito, por sua vez, Carlos Neves Filho entende que a “propaganda política democrática é a tentativa de criar estados mentais favoráveis às propostas e às realizações políticas, mas calçadas no debate e na livre circulação de informações e ideias” (Neves Filho, 2012, p. 20).

A doutrina brasileira costuma discriminar quatro espécies de propaganda política: a propaganda partidária, a propaganda intrapartidária, a publicidade institucional e a propaganda político-eleitoral, propriamente dita.

A *propaganda partidária* é aquela garantida constitucionalmente pelo artigo 17, § 3º, da Constituição⁵ e regulamentada pelo artigo 45 da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, exclusivamente para “difundir os programas partidários”; “transmitir mensagens aos filiados sobre a execução do programa partidário, dos eventos com este relacionados e das atividades congressuais do partido”; “divulgar a posição do partido em relação a temas político-comunitários” e “promover e difundir a participação política feminina, dedicando às mulheres o tempo que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 10% (dez por cento)”. Em síntese, a *propaganda partidária* é aquela desvinculada de um pleito eleitoral específico, com ênfase na “apresentação da ideologia, do quadro e do programa partidários à população em geral, buscando fortalecer os seus ideais e bandeiras, a ponto de atrair novos adeptos, simpatizantes e filiados, além de incitar os já participantes a promovê-los” (Neves Filho, 2012, p. 37).

5. “§ 3º Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.”

A *propaganda intrapartidária* é aquela voltada exclusivamente para o filiado ao partido político, a qual, além do já constante no inciso III do artigo 36 da Lei Eleitoral⁶, agora também se encontra regulada pelo artigo 36-A, III, que excetuou do conceito de propaganda eleitoral antecipada “a realização de prévias partidárias e sua divulgação pelos instrumentos de comunicação intrapartidária”. Segundo Carlos Neves Filho, tal propaganda ainda se divide entre propaganda em prévias partidárias e propaganda pré-convenção (Neves Filho, 2012, p. 44), sendo vedada a sua divulgação livre por meio da internet e com a participação de não filiados⁷.

6. “Art. 36. A propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 5 de julho do ano da eleição. § 1º Ao postulante a candidatura a cargo eletivo é permitida a realização, na quinzena anterior à escolha pelo partido, de propaganda intrapartidária com vista à indicação de seu nome, vedado o uso de rádio, televisão e *outdoor*.”
7. Limites estes traçados pelo Tribunal Superior Eleitoral em resposta à Consulta nº 1.673: “EMENTA: CONSULTA. PARTIDO POLÍTICO. PRÉVIAS ELEITORAIS. 1. Quanto à data para realização das prévias, consulta não conhecida, ressalvada a posição do relator. 2. A divulgação das prévias não pode revestir caráter de propaganda eleitoral antecipada, razão pela qual se limita a consulta de opinião dentro do partido. 1) A divulgação das prévias por meio de página na internet extrapola o limite interno do Partido e, por conseguinte, compromete a fiscalização, pela Justiça Eleitoral, do seu alcance. 2) Tendo em vista a restrição de que a divulgação das prévias não pode ultrapassar o âmbito intrapartidário, as mensagens eletrônicas são permitidas apenas aos filiados do partido. 3) Nos termos do art. 36, § 3º da Lei nº 9.504/97, que pode ser estendido por analogia às prévias, não se veda o uso de faixas e cartazes para realização de propaganda intrapartidária, desde que em local próximo da realização das prévias, com mensagem aos filiados. (Nesse sentido, Agravo nº 4.798, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 05.11.2004; REspe nº 19.162, Rel. Min. Costa Porto, DJ 17.08.2001). 4) Na esteira dos precedentes desta e. Corte que cuidam de propaganda intrapartidária, entende-se que somente a confecção de panfletos para distribuição aos filiados, dentro dos limites do partido, não encontra, por si só, vedação na legislação eleitoral. (Agravo nº 5.097, Rel. Min. Caputo Bastos, DJ 9.11.2004; REspe nº 19.254, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 8.5.2001). 5) Assim como as mensagens eletrônicas, o envio de cartas, como forma de propaganda intrapartidária, é permitido por ocasião das prévias, desde que essas sejam dirigidas exclusivamente aos filiados do partido. 6) Incabível autorizar matérias pagas em meios de comunicação, uma vez que ultrapassam ou podem ultrapassar o âmbito partidário e atingir, por conseguinte, toda a comunidade. (Rel. Min. Nelson Jobim, REspe nº 16.959, DJ 21.5.2001). 3. Os eleitores não filiados ao partido político não podem participar das prévias sob pena de tornar letra morta a proibição de propaganda extemporânea. 4. Pode o e. TSE fornecer ao diretório do partido a lista atualizada dos seus filiados, porém, sem indicação de endereço (art. 29, Res.-TSE 21.538/2003 e art. 19 da Lei nº 9.096/95).

A *publicidade institucional* não é aquela afeta à vida político-eleitoral, é aquela autorizada por agente público, custeada por recursos dos entes da administração direta e indireta e destinada a divulgar, em caráter informativo e educativo, os atos, programas, serviços e campanhas, “dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”, conforme previsão do § 1º do artigo 37 constitucional⁸. Tal publicidade é vedada dentro dos três meses que antecedem o pleito, exceto “em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral” (artigo 73, VI, “b”, da Lei Eleitoral⁹).

Contudo, não parece ser coerente com o conceito de *propaganda* acima delineado considerar como propaganda política toda forma de publicidade institucional quando esta não tem a finalidade de

5. O Partido pode utilizar verbas do Fundo Partidário para pagamento de gastos com a referida propaganda intrapartidária, alocando-os nas rubricas previstas nos incisos I e/ou IV do art. 44 da Lei nº 9.096/95 (v.g. manutenção dos serviços do partido). 6. O Partido pode receber doações de pessoas físicas ou jurídicas para financiar a propaganda intrapartidária, bem como para a realização das prévias partidárias, nos termos do art. 39, caput, c.c. o § 1º, da Lei nº 9.096/95. 7. O postulante à candidatura a cargo eletivo não pode receber doações de pessoas físicas ou jurídicas para financiar a sua propaganda intrapartidária, uma vez que não ostenta a condição de candidato (art. 23, *caput*, da Lei nº 9.504/97 e art. 19, §1º, da Lei nº 9.504/97). 8. A Justiça Eleitoral pode fornecer urnas eletrônicas ao partido político para a realização de suas prévias, nos termos do art. 1º do Código Eleitoral e da Res.-TSE nº 22.685/DF”. TSE, Consulta nº 1.673 – Brasília, Relator Min. Félix Fisher, Data de Julgamento 24.03.2009, DJe – Diário da Justiça Eletrônico 01.09.2009, p. 47-8. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em 01/07/2013.

8. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] § 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.”
9. “Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: [...] VI - nos três meses que antecedem o pleito: [...] b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar a publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral;”

“convencer a população em geral da qualidade da gestão pública e os benefícios que esta vem trazendo à população”, ao contrário do que defende Carlos Neves Filho (Neves Filho, 2012, p. 48). A publicidade institucional é mais, é a materialização do princípio constitucional da publicidade administrativa, do direito de informação dos cidadãos e do dever de transparência do Estado, é instrumento de garantia de participação e controle social da administração (Mendes e Branco, 2012, p. 895-896), e não meio de criação de estados mentais favoráveis no destinatário da mensagem.

Essa publicidade institucional pode ser instrumento de persuasão, traduzindo-se esta sim em *propaganda governamental*, ligada à atividade de fomento público, de “indução institucional para a prática de determinadas ações”, como as campanhas de vacinação ou de educação no trânsito, sempre de “caráter cívico e impessoal” (Gabardo e Salgado, 2012, p. 153-154). Ou ao menos deveriam ser, visto que elaboradas e custosas técnicas de *marketing* ainda são amplamente utilizadas por gestores públicos para a produção de verdadeira propaganda institucional pessoalizada, extrapolando os limites traçados pelo § 1º do artigo 37 da Constituição da República.

Por fim, temos a *propaganda político-eleitoral* propriamente dita, aquela permitida apenas “após o dia 5 de julho” do ano eleitoral, com a finalidade de “dar conhecimento ao público de determinada candidatura a cargo eletivo e, por conseguinte, captar o voto do eleitor” (Madruga, 2012, p. 357). É o meio de comunicação direto entre candidato e eleitor durante a campanha eleitoral, diferenciando-se das demais formas de propaganda política, dada sua finalidade específica de obtenção do voto e sua “(quase) exclusividade no período pré-eleição” (Neves Filho, 2012, p. 50-51).

Seja em qualquer dessas espécies, só há que se falar em propaganda política atrelada à ideia de liberdade. E a liberdade da propaganda política decorre diretamente da liberdade de expressão insculpida na Constituição Federal¹⁰.

10. “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;”

Como ensina Canotilho, a liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, como garantia de importe constitucional, implica tanto uma *pretensão jurídica individual* (direito subjetivo) aplicada diretamente a favor de determinados titulares, quanto um correspondente dever jurídico de “abstenção ou proibição de agressão” por parte dos destinatários passivos (*função de defesa*), além de uma *prestação positiva* do Estado para garantir o pleno exercício dessa liberdade por todos os cidadãos (Canotilho, 2010, p. 401-402).

A propaganda política nada mais é do que expressão da opinião política, ou seja, uma projeção da liberdade de expressão na esfera política, calcada constitucionalmente e, por isso, impõe a “abstenção dos destinatários passivos (Estado e particulares), inclusive em editar normas legais e infralegais que a limitem; como também autoriza a busca pelo cumprimento efetivo dos direitos a prestações” (Neves Filho, 2012, p. 22-24), como o direito de antena aos partidos políticos (propaganda partidária) e o acesso isonômico ao rádio e à televisão durante a campanha eleitoral (propaganda eleitoral).

Avançando no tema, destaca Fávila Ribeiro que só há que se falar em liberdade em conjunto com a igualdade de oportunidades: “a proteção a ser atribuída à propaganda está em função da liberdade individual de pensamento”, a qual, por não ser atributo apenas de alguns, deve ser acessível a todos, “adquirindo expressiva dimensão social com o estabelecimento de um ambiente propício ao debate de ideias, ao confronto de opiniões” (Ribeiro, 1986, p. 294). Quanto às eleições, a liberdade de propaganda se tornou “condição básica do processo eleitoral, garantindo a persistência de seguro esquema para funcionamento da competição democrática”.

As normas protetoras da liberdade aparecem em funcional implicação com os postulados de igualdade. Com a liberdade erguem-se as defesas dos eleitores, dos candidatos e dos partidos, impedindo os cerceamentos provindos das agências estatais. Por sua vez, com a igualdade, as defesas são mobilizadas para enfrentar as situações privilegiadas, as dominações sociais que possam de alguma maneira embaraçar e desnivelar o livre diálogo democrático. (Ribeiro, 1986, p. 308).

De um lado, Joel José Cândido reconhece que os partidos e candidatos têm na propaganda política livre “o meio mais eficiente de veicular seus programas e ideias, suas metas e propostas, suas plataformas e compromissos”, mas, de outro, alerta que não é possível

ao Estado “deixar de regular o exercício do direito à propaganda política”, sob o risco de sacrificar valores como a soberania, a manutenção da ordem pública, a moral e os bons costumes, o controle do abuso de poder e os princípios fundamentais da forma e do sistema de governo (Cândido, 2004, p. 150). Portanto, conclui-se que, nos termos dos artigos 16¹¹ e 17, § 3º¹², da Constituição da República, incide também sobre a propaganda política, como sobre todo o processo eleitoral, o princípio da *legalidade estrita*, ou seja, que somente a lei formal (do Parlamento) pode disciplinar o acesso e o exercício da propaganda política por partidos e candidatos.

Em uma ideia de liberdade republicana, positiva, todos os cidadãos são livres para participar igual e diretamente no governo democrático, liberdade que não exige a ausência de qualquer interferência externa em suas esferas individuais (*non-interference*), mas principalmente a ausência de capacidade de que qualquer outro interfira arbitrariamente nas decisões alheias (*non-domination*). Nesse passo, a liberdade republicana aceita a interferência estatal ao tutelar a redistribuição (*redistribution*) pela lei dessa liberdade da forma mais igualitária possível entre os agentes democráticos (Pettit, 1997, p. 113-126).

Ao discorrer sobre essa regulação da liberdade, Eneida Desiree Salgado reforça a relação intrínseca entre a liberdade da propaganda e a igualdade entre os candidatos e partidos no acesso a seus meios, atentando que “a questão da apreciação da liberdade de propaganda deve extrapolar o âmbito individual. O valor da liberdade deve ser lido de acordo com o princípio da igualdade, base do ideal republicano e do Estado democrático de Direito”. E mais: deve-se ter em mente que “a formação da vontade política do eleitorado passa pela livre e pública formação da opinião pública” mediante um debate público de ideias igualitário e verdadeiramente participativo (Salgado, 2010, p. 190-192).

11. “Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.”

12. “Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: [...] § 3º Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.”

Assim, a regulação da propaganda eleitoral nada mais é do que uma forma de *prestação positiva* do Estado a serviço da máxima liberdade e igualdade dentro do debate político-eleitoral, cânones estes fundamentais à própria *autenticidade* do voto.

Autenticidade do voto entendida como coibição dos desvios e vícios no processo democrático, a fim de que sejam asseguradas a liberdade do voto e a igualdade do voto. A liberdade do voto é protegida pela coibição de vícios em sua formação, “seja de maneira direta – por coação, fraude, corrupção, compra de votos –, seja de maneira indireta, por restrições ou favorecimentos a determinados discursos políticos ou por tratamento diferenciado a partidos e candidatos”, e a igualdade do voto se dá tanto pela garantia de mesmo peso a todos os votos (*one man, one vote*), quanto pela garantia de “liberdade de expressão e de associação” que assegurem a igualdade de influências entre as opções que se apresentam ao eleitor (Salgado, 2010, p. 35). E, ainda, conclui Eneida Desiree Salgado que:

Além da igualdade e da liberdade de voto, há de ser assegurada, ainda, a liberdade de formação de opinião. A opinião política se forma coletivamente, a partir do debate de ideias e da submissão da opinião pessoal à apreciação dos demais. Essa liberdade não prescinde da garantia de uma igualdade entre os candidatos na disputa eleitoral. A existência de vantagens indevidas, baseadas em critérios tidos como irrelevantes, leva ao desvirtuamento do pleito, com ofensa à liberdade da vontade eleitoral. (Salgado, 2010, p. 44-45).

Uma das formas legítimas de limitação da propaganda política foi o marco temporal estabelecido pelo legislador no artigo 36 da Lei Eleitoral¹³ para o início do debate puramente eleitoral, destinado a angariar o voto do eleitor¹⁴. Concentrando a propaganda eleitoral para os três meses que antecedem o pleito, garante-se a partidos e candidatos o acesso igualitário ao rádio e à televisão, aos eleitores o mesmo período de exposição a todas as plataformas, propostas e projetos políticos, e à Justiça Eleitoral a fiscalização da propaganda e de todo o processo eleitoral de forma mais eficaz.

13. “Art. 36. A propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 5 de julho do ano da eleição.”

14. A controvérsia doutrinária em torno do tema cinge-se ao elastecimento ou ao encurtamento desse prazo, fora do objeto de estudo deste trabalho.

Permitir o acesso isonômico e o exercício livre da propaganda política e eleitoral por partidos e candidatos é requisito ínsito à autenticidade do voto e à qualidade na formação da vontade manifestada das urnas. Só é possível ao eleitor a construção qualificada de sua opinião política por meio da pluralidade de opções apresentadas e da possibilidade real de que os personagens do debate público possam ter acesso isonômico a todos os meios de comunicação com o cidadão, com a máxima liberdade de levar a ele suas plataformas e projetos políticos.

No entanto, esse papel não cabe somente ao legislador, mas sim, e talvez principalmente, à própria Justiça Eleitoral, que não poucas vezes confunde seu papel de órgão fiscalizador do debate eleitoral, de coibir os abusos e garantir a igualdade entre candidatos e partidos, para desqualificá-lo e limitá-lo por meio de interpretações equivocadas de fatos corriqueiros da vida política ou, pior, por meio de suas chamadas Resoluções Eleitorais¹⁵, supostamente dentro da faculdade que lhe atribuem os artigos 23 do Código Eleitoral¹⁶ e 105 da Lei Eleitoral¹⁷, também modificado pela Lei nº 12.034/2009.

Como visto, o princípio da legalidade da propaganda, de respaldo constitucional, é fundamental para a garantia da igualdade de oportunidades e da própria autenticidade do voto, mas o cerceamento injustificado dos atos de propaganda por meio de atos infralegais, judiciais ou meramente administrativo-regulatórios é, evidentemente,

15. Que, na verdade, deveriam ser “instruções normativas”, espécie de regulamento dirigida exclusivamente a seus agentes subordinados. Ainda assim, como ensina Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, o regulamento “deve respeitar os textos constitucionais, a lei regulamentada, e a legislação em geral, e as fontes subsidiárias a que ela se reporta. [...] Assim, não cria, nem modifica e sequer extingue direitos e obrigações, senão nos termos da lei, isso porque o inovar originariamente na ordem jurídica consiste em matéria reservada à lei. Igualmente, não adia a execução da lei e, menos ainda, a suspende, salvo disposição expressa dela, ante o alcance irrecusável da lei para ele. Afinal, não pode ser emanado senão conforme a lei, em virtude da proeminência desta sobre ele” (Bandeira de Mello, 2007 [1979], p. 360).

16. “Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior: [...] IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código;”

17. “Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos.”

atentatório à liberdade de expressão e aos artigos 16 e 17, § 3º, da Constituição da República. Diante disso, o princípio da liberdade da propaganda política deve representar um comando geral impeditivo de atos legislativos ou judiciais estatais que limitem indevidamente a liberdade de expressão da opinião política.

E é tomando esse cânone interpretativo que se passará agora a analisar o conteúdo normativo do artigo 36-A da Lei Eleitoral, inserido após a “minirreforma” eleitoral, para se propor uma nova concepção da propaganda eleitoral antecipada, esta verdadeiramente atentatória ao citado artigo 36 da Lei nº 9.504/97, a fim de não confundi-la com a manifestação legítima da opinião política fora do período eleitoral.

2. O artigo 36-A da Lei Eleitoral e uma nova concepção de propaganda eleitoral antecipada

Historicamente, ao apreciar situações fáticas de suposta afronta ao artigo 36 da Lei nº 9.504/97, o Tribunal Superior Eleitoral consolidou o posicionamento de que “constitui ato de propaganda eleitoral aquele que levar ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, a ação política ou as razões que levem a inferir que o beneficiário seja o mais apto para a função pública” interpretação esta retirada do Acórdão nº 26.721, de Relatoria do Ministro Marcelo Ribeiro em 24 de setembro de 2009, dias antes da promulgação da Lei nº 12.034.

Ou seja, sempre se fez uso de um conceito jurisprudencial para delimitar o que poderia ser considerado ilegal ou o que representava mera livre manifestação do pensamento político. Em tal concepção, fica claro que a propaganda eleitoral antecipada era aquela que decorria da extrapolação ou desvirtuamento eleitoreiro dos limites da promoção pessoal do suposto “pré-candidato”, destinado a incutir na mente do eleitor, até sem este se aperceber (“*ainda que de forma dissimulada*”), que ele mereceria seu voto no pleito vindouro.

A partir dessa construção dos tribunais, para Sydnei Pessoa Madruga, existiriam dois tipos de propaganda eleitoral antecipada: a propaganda eleitoral antecipada direta, em que “se constata fácil e abertamente um pedido explícito de voto, apoio ou indicação de em quem votar”, pouco utilizada, e a propaganda eleitoral antecipada indireta, subliminar, que atua no “inconsciente das pessoas de forma

aleivosa, sem que elas próprias percebam, quase invisível por assim dizer e de difícil percepção num primeiro momento” (Madruga, 2012, p. 359-360).

Ocorre que, dentro do trabalho de imprensa e de comunicação, não há mais como se dar respaldo a um entendimento jurisprudencial que busca conceituar uma situação fática hoje disciplinada expressamente pela Lei Eleitoral em seu artigo 36-A, introduzido pela Lei nº 12.034/2009, por mais pacificado que esteja. Principalmente quando tal conceito tem o condão de cercear a exposição e o conteúdo da participação de personalidades públicas nos meios de comunicação de massa e estender aquilo que o próprio legislador autorizou, o que afronta o princípio da legalidade específica da propaganda política.

Estabelece o artigo 36-A da Lei Eleitoral quatro hipóteses que não podem ser consideradas atos de propaganda eleitoral antecipada:

- (i) A participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, desde que não haja pedido de votos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico;
- (ii) A realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, planos de governos ou alianças partidárias visando às eleições;
- (iii) A realização de prévias partidárias e sua divulgação pelos instrumentos de comunicação intrapartidária; ou
- (iv) A divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se mencione a possível candidatura, ou se faça pedido de votos ou de apoio eleitoral.

Quanto aos incisos II e III, não há qualquer controvérsia. Procurou o legislador traçar objetivamente os limites da propaganda eleitoral intrapartidária (*supra*), realizadas durante as prévias partidárias e previamente à convenção, veiculada somente pelos meios de comunicação intrapartidários e direcionada exclusivamente a seus filiados, sob pena de ofensa ao artigo 36 do diploma eleitoral.

O inciso IV exclui do conceito de propaganda eleitoral antecipada “a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se mencione a possível candidatura, ou se faça pedido de

votos ou de apoio eleitoral”, garantindo ao ocupante do mandato parlamentar o privilégio¹⁸ de divulgar sua (particular e pessoalizada) atuação pública ao eleitorado fora do período eleitoral, teoricamente porque, sendo o parlamentar representante popular, não se poderia vedar sua comunicação com os cidadãos que o elegeram e com a sociedade em geral (Gomes, 2012, p. 359). Vedam-se somente a menção “a possível candidatura” e o pedido explícito de votos ou de apoio eleitoral, a conotação eleitoral na propaganda.

O inciso I, no entanto, é o dispositivo que merece melhor análise.

Nessa hipótese de exclusão de ofensa ao artigo 36, ficou evidente a intenção do legislador de ampliar o debate político para além do período de três meses prévio às eleições, reconhecendo a existência da figura do “pré-candidato” e permitindo expressamente a ele a possibilidade de participação em programas, entrevistas, encontros e debates no rádio, na televisão e na internet, e, naturalmente, de exporem livremente suas “plataformas e projetos políticos”. Em outras palavras, esse dispositivo esvazia completamente o clássico conceito de propaganda eleitoral antecipada.

Ao permitir que o pré-candidato exponha seus projetos políticos, o legislador claramente vai na contramão do posicionamento jurisprudencial de vedação ao ato de “levar ao conhecimento geral” a “ação política ou as razões que levem a inferir que o beneficiário seja o mais apto para a função pública” antes de 6 de julho do ano eleitoral. A conotação eleitoral¹⁹ é evidente na autorização legal de exposição pública de plataformas e projetos políticos, tornando quase inócua uma discussão em torno do que pode ser considerado propaganda eleitoral “dissimulada” ou não.

Igualmente, com a inclusão desse inciso I, vale anotar também que a legislação eleitoral ampliou o poder dos meios de comunicação social (rádio, televisão e internet) de participar do debate político com contornos eleitorais, aproximando-o do eleitorado pelo extravaso da discussão de temas politicamente relevantes para além da propaganda oficial *nos* três meses anteriores ao pleito. Destaca Rodrigo López Zilio que tamanha é a amplitude da autorização do artigo

18. Já que nada é dito pelo Legislador quanto ao ocupante de cargo eletivo perante o Poder Executivo.

19. Ou o *conteúdo eleitoral específico*, elemento para identificação da propaganda eleitoral antecipada, como defende Carlos Neves Filho (2012, p. 57-58).

36-A da Lei Eleitoral que “praticamente inviabiliza o reconhecimento de propaganda extemporânea. [...] Ademais, no caso concreto, torna-se extremamente difícil – senão impossível – desvincular a exposição de um projeto político do pedido de voto”, o que leva a uma verdadeira “antecipação do conteúdo da propaganda eleitoral a ser realizada no período permitido” (Zilio, 2012, p. 292-293).

A ampliação da liberdade dos meios de comunicação social, no entanto, não pode ser vista com ares de reprovação, *de per si*. Sem jamais descuidar da vigilância do princípio da igualdade que circunda a propaganda política e o processo eleitoral em si, antecipar o conhecimento dos possíveis candidatos ao pleito, sua atuação e seus projetos políticos, enfim, o debate público de ideias, permite ao eleitor uma formação mais qualificada de sua vontade política, relacionada diretamente à *autenticidade* de seu voto.

Além disso, se de um lado a lei ampliou de certo modo a liberdade de manifestação do pensamento político em veículos de comunicação social, de outro também cuidou de impor duas limitações ao debate eleitoral fora do período legal, uma aos pré-candidatos, de que não (i) haja pedido expresso²⁰ de votos, e outra aos veículos de comunicação social, de que (ii) seja conferido tratamento isonômico a todos os possíveis pleiteantes ao cargo em disputa. Como limitadores da liberdade de manifestação do pensamento político, essas são as duas únicas restrições impostas pelo legislador. Nada mais.

Apesar de discordar da opção do legislador, José Jairo Gomes destaca que, após a introdução do artigo 36-A da Lei Eleitoral, o antigo entendimento do Tribunal Superior Eleitoral acerca da propaganda eleitoral antecipada “não mais encontra apoio na ordem legal vigente”, sendo que, à luz do transcrito em seu inciso I, somente é vedado o “expresso ‘pedido de voto’, olvidando-se de que normalmente tal pedido subjaz à comunicação, encontrando-se implícito”. Isso revela que:

[...] no entrechoque de princípios, passou-se, portanto, a se conferir maior relevo aos direitos fundamentais da livre manifestação do pensamento, da informação e da comunicação, enfim, à liberdade de

20. Visto que, como já dito, a mera exposição de “plataformas e projetos políticos” já implicaria um pedido “não expresso” de votos.

comunicação e imprensa. A liberdade de comunicação, aliás, constitui um dos pilares da democracia. (Gomes, 2012, 347-8).

Já, quanto à observância da igualdade de oportunidades entre os pré-candidatos no pleito, impõe-se ao meio de comunicação social (emissora de rádio e televisão ou geradora do conteúdo na internet) que se aproveite da autorização do artigo 36-A, I, da Lei Eleitoral tão somente a obrigação de abrir um espaço isonômico a todos os pleiteantes ao cargo eletivo em discussão. Conforme esclarece Olivar Coneglian, tratamento isonômico não é necessariamente tratamento idêntico, mas sim um tratamento que permite ao eleitor ter o acesso a todos os projetos políticos apresentados:

[...] as emissoras devem dar tratamento isonômico aos futuros candidatos, de tal forma que não haja evidente privilegiamento a determinada candidatura. Esse tratamento isonômico não pode ser medido em centímetros ou em segundos. Há pré-candidatos que se expõem mais que outros, e produzem fatos políticos mais que outros. [...] A isonomia não está na capacidade de cada candidato de ser notícia, mas na conduta da emissora: se ela chamar um pré-candidato para apresentar seu programa de governo, deve chamar também os outros. (Coneglian, 2012, 249).

Aqui, faz-se uma crítica ao fato de o legislador ter excluído jornais impressos e revistas dos meios de comunicação social aptos a publicar entrevistas ou matérias com a exposição de plataformas e projetos políticos de pré-candidatos, o que leva a interpretações equivocadas do dispositivo. Nesse caso, uma interpretação ampliativa e de acordo com o princípio da liberdade da propaganda política se faz possível, seja porque é indiscutível que o rádio, a televisão e a internet são meios de comunicação de muito maior alcance, seja porque não se justificaria a discriminação de veículos de mídia, como bem destaca José Jairo Gomes (2012, 346).

Ao discorrer acerca do papel do legislador na regulação das liberdades constitucionais, Fávila Ribeiro destaca que a lei não mais atua em “neutralidade valorativa”, mas deve se coadunar com “[o] espírito constitucional e difundir os seus conteúdos, sempre observando as condições processuais em suas linhas de elaboração”, constituindo “o instrumento idôneo para expandir os conteúdos constitucionais e viabilizar a proteção às liberdades, obstando a proliferação de

duradouras ou circunstanciais arbitrariedades”. Em outras palavras, se a própria Lei Eleitoral deve “ter afinidade de conteúdo com os valores sacramentados pela Constituição” (Ribeiro, 1990, 85-6), sua interpretação jurisprudencial também não deve escapar ao respeito aos princípios norteadores da propaganda política.

Portanto, dado o novo cenário legislativo presente após o advento do artigo 36-A na Lei Eleitoral, não há mais que se falar em “indução” ao voto ou “intenção” de pedir voto na hipótese do artigo 36-A, I, da Lei Eleitoral, uma vez que o próprio texto legal autoriza explicitamente o nominado pré-candidato a participar de debates, entrevistas e programas na televisão e no rádio com a finalidade específica de expor livremente suas “plataformas e projetos políticos”.

Antes mesmo da reforma eleitoral aqui em enfoque, vincular a sanção de condutas supostamente infringentes ao artigo 36 da Lei Eleitoral à “intenção” do agente ou beneficiário sempre representou uma saída temerária. Afinal de contas, a aventada realização de propaganda eleitoral antecipada “há de aferir-se segundo critérios objetivos e não conforme a intenção oculta de quem a promova”²¹.

Agora, após a vigência da Lei nº 12.034/2009, percebe-se que o Tribunal Superior Eleitoral passou a acolher essa nova solução dos casos de propaganda eleitoral antecipada nos meios de comunicação social, sob o norte interpretativo do princípio constitucional da liberdade de expressão e de comunicação, a partir do julgado paradigma no Recurso nº 1.346-31, de relatoria do Ministro Henrique Neves²². Nesse julgado, destacou o Relator que:

21. TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 19.752/MG, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento 12.11.2002, DJ 28.10.2005, p. 135, *RJTSE – Revista de Jurisprudência do TSE*, vol. 16, tomo 4, p. 150. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em: 01/07/2013.

22. “EMENTA: ELEIÇÕES 2010. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA. PROGRAMA DE ENTREVISTAS. 1. Competência – O Tribunal Superior Eleitoral é a instância competente para, originariamente, examinar alegação de propaganda eleitoral antecipada relativa à eleição presidencial. 2. A proibição de realizar propaganda antes de 5 de julho atinge todas as pessoas, independentemente da aspiração pessoal em disputar a eleição a que ela se destina. 3. Entrevista com político de realce no Estado com natureza jornalística não caracteriza propaganda eleitoral antecipada, ainda que nela existam referências aos planos para a eleição presidencial. A regra do art. 36-A, inciso I, se aplica especialmente quando a mesma emissora realiza programas semelhantes com diversos políticos, demonstrando tratamento isonômico. 4. Recurso a que se nega provimento”. TSE, Recurso em

Realmente, com a introdução da nova regra do art. 36-A, quando configurada uma das hipóteses de seus incisos, não cabe apenas afirmar que a propaganda eleitoral antecipada se caracteriza com a mera divulgação de uma pretensa candidatura. Como alerta o doutrinador, em entrevista televisiva, a exposição da candidatura e o pedido de voto são implícitos. Disso decorre que a locução “desde que não haja pedido de votos” deve ser interpretada em sentido estrito, exigindo-se que, nesta situação, haja o pedido explícito de votos para a configuração da hipótese. Reafirmo, no caso, considerar como fator determinante a realização de diversas entrevistas com vários filiados de agremiações partidárias distintas. Essa situação concreta evidencia o interesse jornalístico sobre o tema e afasta qualquer alegação sobre a quebra da isonomia que, ao fim e ao cabo, é a razão que sustenta a limitação prevista no art. 36 da Lei nº 9.504/97.

Replicando tal posicionamento, no julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 532.581²³, a Ministra Nancy Andrighi enfatizou a máxima eficácia à liberdade de expressão aqui defendida, em conjunto com a mínima intervenção da Justiça Eleitoral, consignando

Representação nº 134631, Relator Min. Henrique Neves da Silva, Data de Julgamento 05.08.2010, Publicado em Sessão. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em: 01/07/2013.

23. “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2010. PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA NÃO CONFIGURADA. DIVULGAÇÃO DE ENTREVISTA NO RÁDIO. PEDIDO DE VOTO. INEXISTÊNCIA. NÃO PROVIMENTO. 1. O art. 36-A da Lei nº 9.504/97 estabelece que não será considerada propaganda eleitoral antecipada a participação de filiados a partidos políticos em entrevistas ou programas de rádio, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, desde que não haja pedido de votos, observado, pelas emissoras, o dever de conferir tratamento isonômico. 2. No caso em exame, a concessão de entrevista em ambiente fechado, durante reunião dos partidos políticos de oposição na qual se expôs plataforma de governo, com a subsequente divulgação desse pronunciamento pela imprensa radiofônica, não configura propaganda eleitoral antecipada, sobretudo porque não houve pedido de voto, seja de forma explícita ou implícita. 3. A jurisprudência do TSE é no sentido de que eventual antinomia de normas foi resolvida pelo legislador ordinário com a prevalência dos direitos fundamentais da livre manifestação do pensamento, da informação e da comunicação sobre a atuação interveniente da Justiça Eleitoral (R-Rp nº 1346-31/DF, Rel. Min. Henrique Neves, PSESS de 5.8.2010). 4. Agravo regimental não provido”. TSE, Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 5325-81, Relatora Min. Fátima Nancy Andrighi, Data de julgamento 04.08.2011, DJe 18.08.2011, p. 30. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em: 28/06/2013.

que “eventual antinomia de normas foi resolvida pelo legislador ordinário com a prevalência dos direitos fundamentais da livre manifestação do pensamento, da informação e da comunicação sobre a atuação interveniente da Justiça Eleitoral” e, “respeitadas as limitações legais, é necessário preservar a liberdade de expressão, de imprensa e de comunicação, que fomentam o debate político e asseguram o pluralismo de ideias”.

Também já decidiu recentemente aquele tribunal superior que “a propaganda institucional que veicula discurso de pré-candidatos sem que haja pedido de votos, nem mesmo de forma dissimulada, não configura propaganda eleitoral antecipada, incidindo a exceção prevista no art. 36-A, I, da Lei nº 9.504/97”²⁴ e que é propaganda eleitoral antecipada

[...] qualquer manifestação que, previamente aos três meses anteriores ao pleito e fora das exceções previstas no artigo 36-A da Lei nº 9.504/97, leve ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que apenas postulada, a ação política que se pretenda desenvolver ou as razões que levem a inferir que o beneficiário seja o mais apto para a função pública²⁵.

Anote-se, portanto, que o conceito clássico de propaganda eleitoral é utilizado quando em análise de situações não abrangidas pelo artigo 36-A da Lei Eleitoral, como no desvirtuamento da propaganda partidária²⁶.

24. TSE, Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 3942-74, Relator Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, Data de Julgamento 16.10.2012, DJe 13.11.2012, tomo 218, p. 11. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em: 02/07/2013.

25. TSE, Representação nº 2.031-42, Relator Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, Data de Julgamento 20.03.2012, DJe 22.05.2012, tomo 95, p. 111. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em: 02/07/2013.

26. “EMENTA: PROPAGANDA PARTIDÁRIA. ALEGAÇÃO DE DESVIO DE FINALIDADE. PROMOÇÃO PESSOAL. PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA. FILIADO. CONFIRMAÇÃO. LIMINAR. CASSAÇÃO. QUÍNTUPLO. TEMPO DAS INSERÇÕES ILEGAIS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. 1. A propaganda eleitoral extemporânea em programa partidário se configura pelo anúncio, ainda que sutil, de determinada candidatura, dos propósitos para obter apoio por intermédio do voto e de exclusiva promoção pessoal com finalidade eleitoral, sobretudo

Ocorre que, no que concerne ao trabalho de imprensa, de comunicação social, optar pela aplicação daquele conceito jurisprudencial de propaganda eleitoral antecipada após a reforma no ordenamento eleitoral importa não só na violação ao artigo 36-A da Lei Eleitoral, mas também uma afronta literal ao artigo 220, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que assegura aos veículos de comunicação social a mais ampla liberdade de expressão e informação²⁷.

Recusar-se a avançar tal posicionamento representa, portanto, desrespeito tanto ao princípio da legalidade estrita, da reserva de lei, quanto da máxima liberdade da propaganda política.

Referências

- AGRA, W. M. (2012). *Temas polêmicos do direito eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum.
- BANDEIRA DE MELLO, O. A. (2007 [1979]). *Princípios gerais de direito administrativo*: introdução. 3. ed. São Paulo: Malheiros. vol. 1.
- CÂNDIDO, J. J. *Direito eleitoral brasileiro*. (2004). 11. ed. Bauru: Edipro.
- CANOTILHO, J. J. G. (2010). *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina.
- CONEGLIAN, O. (2012). *Propaganda eleitoral*. 11. ed. Curitiba: Juruá.
- GABARDO, E.; SALGADO, E. D. (2012). O princípio da publicidade e os abusos de poder político e econômico na democracia contemporânea. In: AFFORNALLI, M. C. N. M.; GABARDO, E. (coords.). *Direito, informação e cultura: o desenvol-*

quando realizada às vésperas do período eleitoral. 2. O notório pré-candidato é parte legítima para figurar no polo passivo de processo em que se discuta a realização de propaganda eleitoral antecipada, consoante entendimento firmado por esta Corte Superior. 3. Representação que se julga procedente, confirmada a liminar, para cassar dois minutos e trinta segundos do tempo de inserções nacionais a que faria jus o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) no segundo semestre de 2011, aplicando-se a penalidade no semestre subsequente na hipótese de indisponibilidade de novas veiculações, nos termos do inciso II do § 2º do art. 45 da Lei dos Partidos Políticos, aplicar – com fundamento no art. 36, § 3º, da Lei nº 9.504/97, pela prática de propaganda eleitoral extemporânea –, ao partido representado a penalidade de multa no valor de R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais), considerada a reincidência, e ao Sr. José Serra, em razão de seu prévio conhecimento e da reiteração da conduta, no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais)”. TSE, Representação nº 147.451, Relatora Min. Fátima Nancy Andrighi, Data de Julgamento 26.10.2011, DJe 25.04.2011, tomo 222, p. 45. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em: 01/07/2013.

27. “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

- vimento social a partir de uma linguagem democrática. Simpósio Comunicação, Cultura de Massas, Globalização e Direito: II Congresso Ciências, Tecnologías y Cultura. Diálogo entre las Disciplinas del Conocimiento. *Anais...* Belo Horizonte: Fórum. p. 149-171.
- GOMES, J. J. (2012). *Direito eleitoral*. 8. ed. São Paulo: Atlas.
- MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. (2012). *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva.
- MADRUGA, S. P. (2012). Propaganda eleitoral. Espécies. Propaganda antecipada. Propaganda na Internet. In: RAMOS, A. C. (coord.). *Temas de direito eleitoral no século XXI*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, p. 355-396.
- NEVES FILHO, C. (2012). *Propaganda eleitoral e o princípio da liberdade da propaganda política*. Belo Horizonte: Fórum.
- PETTIT, P. (1997). Republican Political Theory. In: VINCENT, A. (ed.). *Political Theory: Tradition, Diversity, and Ideology*. Cambridge: Cambridge University Press. (112-32).
- RIBEIRO, F. (1986). *Direito eleitoral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense.
- _____. (1990). *Pressupostos constitucionais do direito eleitoral: no caminho da sociedade participativa*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.
- SALGADO, E. D. (2010). *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral*. Curitiba. 356 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.
- ZILIO, R. L. (2012). *Direito eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas)*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico.

